

# **O tombamento como instrumento jurídico de proteção de bens culturais**

**Dra. Marly Rodrigues**

**São Paulo, 29 de agosto de 2006.**

Quero agradecer o honroso convite para conversarmos sobre um aspecto bastante controverso da preservação de bens culturais, o tombamento.

A criação da figura jurídica do tombamento insere-se no conjunto das regras de relacionamento social resultantes do desenvolvimento do sistema de fábricas e da Revolução Francesa, o qual também consolidou juridicamente o direito de propriedade. Contrapondo-se a este, que prioriza o indivíduo, desenvolveu-se a idéia de função social da propriedade que, em termos da proteção do Estado ao patrimônio cultural, se traduz no tombamento. O ato de tomar, portanto, está baseado na prevalência do direito público sobre o privado e o tombamento é um instrumento do exercício da proteção do governo sobre o patrimônio cultural.

Do ponto de vista jurídico, o tombamento pode ser classificado de voluntário (quando o proprietário solicita ou concorda com o ato governamental) ou compulsório (quando o proprietário se opõe a medida e apela). E ainda da perspectiva jurídica, o tombamento pode ser classificado quanto a eficácia, em provisório (o bem está protegido desde a abertura do processo de estudo de tombamento) e definitivo (no caso do Condephaat quando após a aprovação do Conselho, quando homologado pelo secretário da Cultura e publicado no Diário Oficial).[\[1\]](#)

De uma perspectiva cultural, o tombamento produz o efeito simbólico de acrescentar valor aos objetos aos quais se aplica, destacando-o de outros semelhantes, o que provoca a mudança do significado que lhe é socialmente atribuído. Trata-se de um reconhecimento público não apenas do bem em si, mas da cultura e memória específica do segmento social / personagem / fato ao qual o bem está vinculado. No sentido inverso, em geral, faz decrescer o valor imobiliário, uma vez que proíbe a destruição e acréscimos

descaracterizadores do bem tombado.

As controvérsias sobre *tombamento* se iniciam com a etimologia da palavra; alguns a consideram originada do verbo *tombar* que no direito português significa registrar bens em livro especial; outros, que é derivada de *tumulum* que em latim é depósito, arquivo.

E as opiniões diversas se ampliam a outros aspectos, como a inserção do tombamento em ramos do Direito, a natureza do ato, e seu alcance patrimonial e cultural... Nesta oportunidade tentarei traçar a historicidade da adoção deste instrumento jurídico no Brasil e destacar algumas limitações, contradições e efeitos do tombamento sobre a preservação, uma vez que para ele convergem as disputas materiais e simbólicas que envolvem o reconhecimento do valor cultural de bens materiais pelo poder público, o que, ainda que parcialmente, realiza o direito de todo cidadão à memória.

Vale lembrar que a responsabilidade do Estado sobre a preservação da memória da sociedade pode se exercer de formas diversas e diretamente, como no caso de criação de estruturas administrativas de guarda, acesso e divulgação, como museus, bibliotecas e arquivos, sem prejuízo da incidência do tombamento sobre os bens culturais móveis envolvidos, como coleções de livros, quadros ou documentos históricos. Algumas vezes sobre um mesmo objeto incidem duas formas de proteção pública, a que lhe é propiciada pela instituição que o abriga e a do tombamento. Por exemplo, é o caso da Coleção Artística do Museu do Ipiranga ou do Acervo Arquivístico da Hospedaria dos Imigrantes.

O tombamento é, portanto, aplicado indistintamente, com idênticas restrições, a bens com características diversas, móveis e imóveis. Até o ano 2000, quando assinado o Decreto nº 3.551, de 4.8 não havia uma forma jurídica de proteção que atendesse às características culturais específicas dos saberes, celebrações, formas de expressão, lugares das manifestações *imateriais*. Desde então, para estes bens intangíveis, há a forma de proteção **registro** que, da mesma forma que o tombamento implica atribuição de um valor simbólico – reconhecimento público do valor cultural da manifestação –, sem perpetuá-la como objeto de proteção e destaque entre as manifestações similares.

O **registro** de bens materiais ou, se quiserem, intangíveis, reconhece a dinâmica da constante transformação cultural da forma e do significado de tais manifestações. A forma *registro* considera a territorialidade da manifestação, isto é, considera que esta se

desenvolve relacionada a um espaço no qual habitam ou se encontram os agentes sociais que a desenvolvem; e que a manifestação é o centro de uma rede de sociabilidade.

A proteção do poder público aos bens intangíveis, hoje exercida apenas pelo governo federal através do IPHAN, implica avaliação do bem registrado a cada dez anos, período em que rompida suas características fundamentais, poderá não voltar a ser registrado, mantendo-se apenas o registro original. (pode-se ler o trecho da lei).

É de se deduzir que no Brasil a proteção aos bens culturais se faz quase que exclusivamente pelo tombamento, instrumento que não tem a flexibilidade necessária ao atendimento da atual e veloz dinâmica de apropriação / reapropriação do solo urbano e dos bens culturais, e que, por si só, não garante a preservação. Os bens tombados também são destruídos por falta de cuidado e também sofrem descaracterizações sem o conhecimento dos órgãos responsáveis.

Na década de 1970, quando já se revelada a rigidez do tombamento em relação à dinâmica urbana, se tentou por meio do planejamento orientar a profunda mudança que ocorria nas cidades, não pelo impedimento da transformação dos espaços, mas pelo controle das mudanças visando preservar fisicamente a historicidade e a memória coletiva. Na época, a disputa imobiliária acabou por vestir a preservação de um caráter conservador, que se opunha ao progresso e ao desenvolvimento, figuras tão caras ao imaginário brasileiro como eram caras aos governos militares de então.

Impunha-se uma postura técnica capaz de responder à falsa oposição entre preservação e progresso e esta, em 1974, partiu inicialmente de um órgão municipal de planejamento, a Coordenação Geral de Planejamento – COGEP, da Prefeitura de São Paulo, hoje Secretaria Municipal de Planejamento – SEMPLA, que iniciou o cadastramento das edificações e logradouros paulistanos de valor histórico a serem protegidos por lei municipal. A partir da *listagem*, isto é seleção de bens para preservação, configuraram-se áreas urbanas de interesse de patrimônio que recebem legislação de proteção específica, incluída no conjunto daquelas que, regulando o desenvolvimento urbano regularam o uso do solo estabelecendo regras de ocupação e outras definições.<sup>[2]</sup>

Em 1976, no governo Paulo Egydio Martins, foi aprovada a *Política de Desenvolvimento Urbano e Regional do Estado*, elaborada pela Secretaria de Economia e Planejamento.

Pretendia-se estabelecer normas para o uso do solo que permitissem a retomada do equilíbrio entre espaço público e privado, com apoio de instrumentos como o *solo criado*, [3] também utilizado em algumas cidades, como Nova York, São Francisco e Chicago, como instrumento de proteção do patrimônio arquitetônico.

Esta *Política* incluía o *Programa de Preservação e Revitalização do Patrimônio Ambiental Urbano* elaborado por profissionais da Secretaria de Economia e Planejamento, com a participação de técnicos de outras secretarias, a de Negócios Metropolitanos, a de Esporte e Turismo e a de Cultura, Ciência e Tecnologia, esta representada pelo Condephaat. pretendia-se o desenvolvimento sem a destruição dos referenciais característicos de “nossa” cultura.

O conceito *patrimônio ambiental urbano* incorporou os aspectos material e de representação dos artefatos culturais que compunham a cidade. Entendia-se que existia uma dinâmica constante de significação e apropriação dos artefatos pelos moradores da cidade e que estes artefatos eram constituintes do ambiente urbano.

As tentativas de inclusão de medidas de proteção ao patrimônio na legislação urbana representaram um avanço significativo que apontava um caminho prático para a recolocação do problema da preservação do patrimônio, de resolver os impasses decorrentes das limitações do tombamento e rever o papel dos órgãos exclusivamente voltados a preservação. Embora o novo conceito desse suporte teórico à inclusão do patrimônio ao planejamento, nada se efetivou. Hoje, a existência de Planos Diretores, exigida pela Lei Orgânica do Municípios para cidades acima de 20 mil habitantes, ainda não foi plenamente satisfeita e, quando o foi, nem sempre colocou o patrimônio como parte constituinte da cidade, como parte indissociável de sua configuração espacial.

E a proteção ao patrimônio permanece fundada juridicamente no tombamento e como uma função específica, afastada da gestão urbana, embora nela interferindo grandemente com regulamentações estabelecidas em resoluções de tombamento, onde se caracterizam razões e limitações às descaracterizações do objeto tombado e a regulamentação do uso de áreas que lhe são próximas.

Estas áreas, denominadas *envoltórias* até o ano de 2003 eram de 300 m de raio a partir de **todos** os bens tombados. Com a assinatura do Decreto nº 48.137 de 7.10,

estabeleceu-se a flexibilidade de criação e de extensão das áreas envoltórias, **caso a caso**, mantendo-se *restrições de ocupação e de uso, quando estes se revelarem aptos a prejudicar a qualidade ambiental do bem sob preservação (...)*. Deste modo, nenhuma obra poderá ser executada dentro da área envoltória definida sem aprovação prévia do Condephaat.[4]

Isso, em parte, se deve ao predomínio nas práticas preservacionistas de um antigo conceito de patrimônio – o de patrimônio histórico-arquitetônico, fundado na noção de monumento excepcional que testemunha o passado da nação –, em detrimento de outros, como os de patrimônio ambiental urbano e patrimônio cultural, cuja amplitude atende mais adequadamente às condições contemporâneas das cidades.

Ou mesmo outro, o de *paisagem cultural* – partes específicas de paisagem, isto é, *de uma expressão formal dos numerosos relacionamentos existentes em determinado período entre o indivíduo ou uma sociedade e um território, (...) formada por várias combinações de agenciamentos naturais e humanos* –, [5] este totalmente adequado à conservação integrada de áreas dinâmicas e complexas como as cidades, mas ainda não utilizado para proteção deste vetor da memória coletiva, bastante singular, em decorrência de algumas características particulares.

§ envolver a propriedade da terra, herança material (patrimonial) e portanto, valor imobiliário direto ou indireto

§ territórios (pedaços de chão, cujas relações com os usuários, ou dito de outra forma, com o processo de produção da cultura e da memória pode ser favorecida, rompida ou modificada a partir do novo valor simbólico atribuído pelo tombamento)

§ implicar o uso, que se relaciona com a possibilidade de reapropriação social do bem

§ estar exposto à fruição pública, o que potencializa sua força simbólica.

## A historicidade do tombamento no Brasil

No Brasil, a possibilidade de implantação de uma estrutura pública especificamente voltada para a preservação do patrimônio esteve diretamente relacionada a proteção do direito de propriedade.

A primeira constituição republicana dava total garantia para a propriedade e, mais do que isto, sua defesa era garantida pela mentalidade rural conservadora que relacionava poder e posse de terras, ainda que não exploradas. Durante a vigência daquele diploma constitucional, nas décadas de 1910 e 1920 foram constantes as propostas de criação de órgãos que pudessem controlar a mudança por que passavam as cidades brasileiras, especialmente as situadas no Nordeste e em Minas, onde se *destruíam* importantes testemunhos materiais da colonização.

Em 1923, o projeto do deputado Luiz Cedro propôs a criação de uma Inspetoria dos Monumentos Históricos à qual competiria, após o consentimento dos proprietários, compor um rol de edificações *classificadas* para preservação. Estas não poderiam ser destruídas, modificadas ou restauradas sem a prévia licença da Inspetoria.[\[6\]](#)

Dois anos depois (1925), outra proposta, elaborado pelo jurista Jair Lins, registra que no campo do direito a ação tutelar do Estado sobre o patrimônio artístico encontrava o *interesse legítimo do proprietário*; em seguida observa que, segundo o conceito jurídico do período, também havia *restrições e limitações*, da propriedade *em favor da coletividade*.[\[7\]](#)

O projeto de Lins estabelecia a *catalogação* voluntária ou compulsória (judicial, com direito a embargo), mediante inscrição em livros especiais, *anexos ao registro geral de hipotecas*, de bens de importância histórica ou artística. Sobre estes a União ou os Estados teriam o *direito de preferência*, isto é, seriam preferidos a qualquer comprador em caso de alienação do bem. Este mesmo direito justificava a desapropriação do bem. No Art.14 o projeto previa ainda a proteção visual do bem catalogado, proibindo novas construções a menos de  $1\frac{1}{2}$ m de distância deste.[\[8\]](#)

Outro projeto, desta vez do deputado pela Bahia, Wanderley Pinho, em 1917 pioneiro

destas proposições, tramitaria pelo legislativo em 1930. Bastante semelhante ao anterior, propunha como forma de proteção a *catalogação*, a cargo da Inspeção de Defesa do Patrimônio Histórico-Artístico Nacional, ou congêneres estaduais, e previa a desapropriação, bem como o direito de recurso ao proprietário que não aceitasse a decisão do poder público.[\[9\]](#)

Todas estas propostas não se transformaram em leis. A entrada em vigor da Constituição de 1934 abriria novas possibilidades de proteção do poder público aos bens de valor cultural. Segundo o Art. 148, cabia à União, aos Estados e aos Municípios apoiar os trabalhadores intelectuais e a cultura em geral, bem como *proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país*. Em consequência, ainda em 1934, através do Decreto nº 24.753, de 14.7 foi organizado um serviço de proteção aos monumentos históricos e obras de arte, anexo ao Museu Nacional.

A Constituição de 1937 ampliaria aos municípios a competência de proteger o patrimônio. No contexto político inaugurado pelo movimento de 1930, o ideal de proteção oficial ao patrimônio já se incorporara ao projeto de modernização do país. Em 1936, Mário de Andrade redigira o anteprojeto de criação do serviço de Patrimônio Artístico Nacional – SPAN, no qual caberia *determinar e organizar o tombamento geral do patrimônio artístico nacional* [\[10\]](#). Com base neste documento ao órgão a ser criado foi acrescida a competência de *Constituir o patrimônio histórico e artístico nacional (...)*, inscrevendo as obras selecionadas em quatro Livros do Tombo.[\[11\]](#)

Ainda em 1936, o mesmo tempo em que Mário redigia o anteprojeto que serviu de base para a criação do SPHAN, Paulo Duarte, seu companheiro no Departamento de Cultura da cidade de São Paulo e deputado, apresentava à assembleia estadual um projeto de lei de criação de um Departamento de Patrimônio cuja ação também baseava-se na figura jurídica do tombamento.[\[12\]](#)

Todos estes documentos, explicitavam o tombamento como forma de proteção aos patrimônio e, provavelmente, não tenham diferenças jurídicas em relação aos projetos anteriores. O que explica sua aprovação foi a existência de um governo centralizador, que pretendia impor os interesses nacionais sobre os regionalismos e promover a reordenação institucional e administrativa do país; isto tornou possível contornar a

resistência de setores sociais ou políticos a qualquer ação de se assemelhasse a ameaça ao pleno direito de propriedade.

O tombamento, adotado no Brasil em 1937 como instrumento legal da proteção do estado aos bens de valor histórico e artístico, correspondia a uma concepção de patrimônio fundada nos conceitos de monumento e de excepcionalidade dos bens. A proteção implícita no tombamento coadunava-se à perspectiva de manutenção inalterada das características espaciais e estéticas dos monumentos, como representação de um passado a ser perpetuado como fundador da nacionalidade e, ao mesmo tempo, como documentos do passado da moderna arquitetura brasileira que então começava a se afirmar e buscava constituir a tradição que lhe forneceria legitimidade como expressão da cultura brasileira.

A atuação do SPHAN foi até certo ponto facilitada em razão de grande parte dos bens que pretendia tombarem pertencerem a instituições, em especial à Igreja – o que, na fase inicial de sua atuação diminuiu o impacto do tombamento sobre o livre exercício do direito de propriedade e a plena exploração imobiliária dos bens. A supremacia do interesse público sobre o particular e a ampliação da responsabilidade pública do proprietário, que passava a responder pela conservação do edifício tombado, soava natural no quadro de um Estado que se impunha como força reguladora de uma sociedade na qual o capitalismo não assumira ainda totalmente seu sentido pragmático.

A Constituição de 1946 reiterou a responsabilidade do poder público de proteger os bens de valor histórico e artístico, o que seria reafirmado na Carta de 1967, com a explicitação do dever do Estado amparar a Cultura.

A atual constituição do país reflete os avanços conceituais ocorridos nos vinte anos que a separaram da anterior. Segundo o Art. 215 da Constituição de 1988, o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e difusão das manifestações culturais.

No artigo seguinte (216) define-se patrimônio cultural como *bens de natureza material e imaterial (...) portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)*. Também se mencionam diversas formas de proteção do patrimônio cultural brasileiro, *por meio de inventários, registros,*

*vigilâncias, salvaguardas e desapropriação e outras formas de proteção e preservação.*

Fala-se, portanto não em nação, arte ou em História – conhecimento racional do passado –, mas em Cultura, o que denota a compreensão da complexidade e multiplicidade que caracteriza os brasileiros; fala-se em direito cultural, que aponta para o direito de todas as culturas estarem representadas e serem conhecidas e reconhecidas como portadoras de valores.

Fala-se de formas diversas de proteger o patrimônio cultural entre o qual se incluem os *conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*, com o que se revela a superação da antiga noção de monumento histórico excepcional que inicialmente norteara a proteção ao patrimônio brasileiro.

Os valores orientadores das definições constitucionais não são mais a monumentalidade, a excepcionalidade e a estética mas, a memória e as representações de um processo coletivo de construção social, como as *formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; além das obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais* (e não bens!).<sup>[13]</sup>

Hoje, embora inadequado para atender as profundas transformações conceituais e as finalidades culturais do patrimônio, o tombamento permanece como único instrumento de proteção disponível à ação dos órgãos de preservação que atuam em São Paulo.

Atualmente o tombamento incide não apenas sobre bens considerados monumentos nacionais, mas também sobre os que, não sendo excepcionais, compõem o ambiente, são portadores de significados culturais e, com frequência, são alvo de cobiça em razão de seu valor imobiliário.

A possibilidade de tornar a preservação de bens culturais mais eficaz implica a revisão da legislação pertinente, de modo a assegurar outros meios de proteção, em especial para os bens que, para serem absorvidos no cotidiano da sociedade, precisam passar por adaptações de modo a serem efetivamente reintegrados no fazer cotidiano da cultura.

Ato jurídico que altera valores imobiliários intervém nas relações de mercado e na

configuração dos espaços urbanos, o tombamento tornou-se um instrumento cujo poder de conservar a memória tem um custo social elevado, que não raro inclui a destruição desta mesma memória. Sob a força do capital, e da diversidade de bens aos quais é aplicado, o tombamento perdeu parte da eficácia que tinha quando se destinava apenas à proteção de monumentos de valor excepcional.

Ao mesmo tempo forte e frágil, o tombamento é legítimo e sua aplicação também vem impedindo a destruição de um sem número de bens de grande importância cultural. Utilizado para todos os casos em que se impõe a proteção do poder público – mesmo naqueles em que a manutenção de um bem é desejável mas não justifica a aplicação de regras tão severas como as do tombamento – ele vem sendo freqüentemente burlado por meio de subterfúgios jurídicos e múltiplas ações de interesse particular, que atingem a destruição física, cada vez mais, como se ela fosse parte constitutiva da irrefreável transformação das cidades.

As múltiplas direções da ação preservacionista contemporânea impõem uma profunda revisão jurídica, que amplie os instrumentos de proteção, dando-lhes a necessária flexibilidade e, também, a criação de novas formas de obtenção de recursos, com acesso fácil e direto aos proprietários de bens tombados, hoje únicos responsáveis pela conservação de seus imóveis tombados.

Para finalizar, gostaria de abordar a aplicação do tombamento a um objeto específico, os acervos documentais, no conjunto dos denominados *bens móveis*.

Esta denominação abrange um conjunto bastante amplo; entre eles estão tombados pelo Condephaat: Acervo do Masp e do MAC; Coleção artística do Museu Paulista; Obras de Almeida Júnior; Obras de Benedito Calixto, Obras de arte da Capela do Hospital das Clínicas, Coleção arqueológica e etnológica do MAE; Coleção artística do Museu de Arte Sacra; Biblioteca e Arquivo Histórico Wanda Svevo da Fundação Bienal e o Acervo arquivístico da Hospedaria dos Imigrantes.

Se entendermos **apenas** que o tombamento é uma forma de proteção e no caso de bens móveis permite controlar sua evasão para fora das fronteiras do país e punir os culpados, também é certo que outras leis permitem punir os que praticam o comércio ilícito de arte, desde que identificados.

O tombamento de bens móveis é complexo e envolve inúmeros aspectos, entre os quais a valorização de peças artísticas no mercado de arte, a dificuldade de controlar-se a circulação da obra, em caso dela pertencer a coleções particulares e o *excesso de proteção* quando estas obras estão sob custódia de instituições de memória, como museus e arquivos.

É bastante difícil determinar qual o alcance do tombamento, uma vez que os acervos de arquivos e museus estão em constante movimento de expansão.

## Referências

[1] Manolo del Olmo. *Tombamento: aspectos jurídicos*.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=486>. , em 18.7.2006.

[2] O resultado foi as Z8-200, áreas que seriam sujeitas a medidas específicas incluídas na legislação de uso e ocupação do solo do município, a Lei nº 8.328/75

[3] O “solo criado” abria a possibilidade de um proprietário, que desejasse construir em uma área superior à permitida pelo coeficiente de ocupação da zona em que se localiza seu terreno, comprar de particulares ou do poder público área equivalente àquela que excedesse o permitido (potencial construtivo).

[4] Artigo 137, Decreto nº 48.137 de 7. 10. 2003.

[5] Recomendação n. R (95) 9. CURY, I. (ORG). *Cartas patrimoniais*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2000. p.331.

[6] Art. 5º e 6º do projeto de 3.12.1923. In: *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília: MEC - SPHAN; próMemória, 1980.

[7] Esboço de anteprojeto, 1925. Anexo III, p. 70. In: *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília: MEC – SPHAN; próMemória, 1980.

[8] idem, p.76.

[9] ibidem, p.79.

[10] Anteprojeto elaborado por Mário de Andrade a pedido do Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema 1925. Anexo VI, p. 90. In: *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília: MEC - SPHAN; próMemória, 1980.

[11] Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937. Idem, Anexo IX, p.111.

[12] Projeto de Lei nº 279. *Anais da Sessão Ordinária da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo*, 1937.

[13] Constituição de 1988, Art. 216.